

# De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet

Wim Voermans\*

Trefwoorden: art. 120 Grondwet, toetsingsverbod, niet verdisconteerde omstandigheden, grondwetsconforme interpretatie

## 1. Over gaatjes in dijken en grondwetsconforme interpretatie

De recente jurisprudentie over het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet (Gw) vertoont wel wat gelijkenis met het gaatje in de dijk bij Haarlem waarin, volgens een apocrief verhaal, Hansje Brinker<sup>1</sup> zijn vinger zou hebben gestoken. Met de extensieve interpretatie van het toetsingsverbod heeft de Hoge Raad in onder andere het Harmonisatiewetarrest<sup>2</sup> het denken, de rechtspraak en de publieke discussie over het toetsingsverbod in een stroomversnelling gebracht. Momenteel ligt er zelfs een eerste lezingsvoorstel tot wijziging van de Grondwet bij de Tweede Kamer dat de rechterlijke toetsing van formele wetten aan klassieke grondrechten mogelijk moet gaan maken (initiatiefvoorstel Halsema).<sup>3</sup> Minder in het oog lopend is de ontwikkeling die de bestuursrechtelijke jurisprudentie van na het Harmonisatiewetarrest doormaakt. Daar speelde en speelt – zeker in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) – een andere erfenis van het Harmonisatiewetarrest een rol. Het arrest uit 1989 liet namelijk een klein gaatje na in de dijk van artikel 120 Gw. De mogelijkheid om in bepaalde (groepen van) gevallen een bepaling uit een wet in formele zin buiten toepassing te laten omdat toepassing van die bepaling in verband met daarin door de wetgever niet verdisconteerde omstandigheden in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel. Zoals in de Hansje Brinker-legende, heeft de Centrale Raad de afgelopen jaren, als eertijds de jonge held van Haarlem, een overstroming trachten te voorkomen. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in recente jurisprudentie positie gekozen ten aanzien van het grondwettelijke toetsingsverbod. In een uitspraak van 24 juli 2002 oordeelde de Afdeling dat indien een wet als de Mediawet een bestuursorgaan beoordelingsbevoegdheid geeft en er bijgevolg ruimte bestaat voor uiteenlopende besluiten, als regel de grondwetsconforme invulling (of interpretatie) dient te worden aangehou-

\* Prof. dr. Wim Voermans is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

1 Het verhaal over Hans Brinker komt uit het boek *Hans Brinker or the Silver Skates*, uit 1865 van de hand van de Amerikaanse schrijfster Mary Mapes Dodge. Het Hans Brinker-verhaal zoals we dat nu kennen is een schoolvoorbeeld van een 'Chinese Whisper'. De jongen die zijn vinger in de dijk steekt om daarmee een dijkdoorbraak bij Haarlem te voorkomen heet in Mapes Dodge's boek helemaal niet Hans Brinker, maar 'de held van Haarlem'. Dat verhaal over die held moet door een klasgenoot van Hans Brinker, Robby Dobs, tijdens een leesles op school hardop worden voorgelezen (hoofdstuk 18).

Nadien hebben vooral de niet-lezers van het boek alles op een grote hoop gegooid en door elkaar gehusseld, een beetje zoals is gebeurd met het verhaal over de bevoegdheid die er onder de huidige Grondwet nog zou bestaan tot het vaststellen van zelfstandige ingrijpende algemene maatregelen van bestuur.

2 HR 14 april 1989, NJ 1989, m.nt. MS, AB 1989, 412 m.nt. FHvdB, AAe 1989, p. 5878, m.nt. E.M.H.

Hirsch Ballin, *RegelMaat* 1989, p. 80 e.v. m.nt. C.A.J.M. Kortmann.

3 Kamerstukken II 2001/2002, 28331, nrs. 1-3. Zie ook de kabinetsnota *Constitutionele toetsing*, Kamerstukken II 2001/2002, 28355, nrs. 1-2.

den.<sup>4</sup> Daaraan voegt de Afdeling toe dat, indien de rechter tot het oordeel komt dat een gegeven interpretatie (zoals in het Mediawet-geval) onjuist is, de vernietiging van zo'n interpreterend besluit door de rechter gebaseerd moet worden op de Mediawet en niet op de Grondwet. Dat laatste zou, in de woorden van de Afdeling, "immers neerkomen op een verkapte toetsing van de wet aan de Grondwet, hetgeen de rechter niet is toegestaan."

Over de betekenis van deze uitspraak is hier en daar al een enkele wenkbrauw getrokken.<sup>5</sup> Betekent dat nu dat wanneer het bestuur een wetsinterpreterende of – chiquer – beoordelingsbevoegdheid op grond van een wet in formele zin uitoefent, dergelijke besluiten niet langer kunnen worden vernietigd wegens strijd met de Grondwet? Dat bestuursorganen bestuursbevoegdheid – voor zover die steunt op een wet in formele zin – altijd grondwetsconform uit moeten oefenen, of dat de rechter bij zijn toetsing en dicta uit moet gaan van de *presumptio constitutionalis* (potjeslatijn voor 'het vermoeden van grondwettigheid') van de formele wetgever? Om deze uitspraak, en meer in het algemeen de bestuursrechtelijke jurisprudentie, over artikel 120 Gw te kunnen plaatsen, zal ik eerst een kleine verkenning maken van de reikwijdte die het toetsingsverbod van artikel 120 Gw momenteel heeft en vervolgens bekijken hoe de verschillende bestuursrechters in het Awb-tijdperk omgaan met dit verbod.

## 2. Reikwijdte van het toetsingsverbod

### 2.1 De letter van het verbod

Artikel 120 Gw verbiedt de rechter te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten in formele zin en verdragen. Het aangrijppingspunt van het verbod is de toetsingsbevoegdheid van de rechter. Diens constitutionele bevoegdheid om lagere regelingen te toetsen aan hogere regelingen wordt beperkt.<sup>6</sup> Strikt genomen is het verbod om een verdrag te toetsen aan de Grondwet onnodig omdat in dat verband de Grondwet de lagere regel is, maar ons grondwettelijke systeem van goedkeuring van verdragen<sup>7</sup> alsmede de doorwerking van verdragsbepalingen<sup>8</sup> verklaart waarom in dat systeem het oordeel over de grondwettigheid van een verdrag nadrukkelijk moest worden opgedragen aan de wetgever in formele zin.<sup>9</sup>

### 2.2 De reikwijdte volgens de jurisprudentie

#### *Verbod tot inhoudelijke en formele toetsing*

Artikel 120 Gw omvat een verbod van materiële (inhoudelijke beoordeling op grondwetsconformiteit) en formele toetsing (beoordeling van de totstandkomingsprocedure). Het verbod tot formele toetsing is van jurisprudentiële oorsprong. Want, al laat de Grondwet zich er niet nadrukkelijk over uit, sinds het Van den Bergh-arrest uit 1961<sup>10</sup> wordt aangenomen dat het toetsingsverbod de rechter ook belet te bezien of een formele wet wel conform de grondwettelijke procedure is vastgesteld en of er dus wel daadwerkelijke sprake van een 'wet' is. De eerbied voor de formele wetgever en de formele wetsprocedure gaat zelfs zover dat de Hoge Raad de rechter niet vrij acht de rechtmatigheid van handelingen in het kader van de voorbereiding van een wetsvoorstel te be-

4 ABRvS 24 juli 2002, <<JB>> 2002/272, m.n. LV en AB 2002, 204 m.nt. GC.

5 Met name door Verhey in zijn noot onder de uitspraak.

6 Zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2001, p. 356 en Philip Eijlander en Wim Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag:

Boom juridische uitgevers 2000, p. 50-53.

7 Zie o.a. artikel 91 Gw.

8 Artikelen 93 en 94 Gw.

9 Zie met name artikelen 91, tweede en derde lid, Gw.

10 Zie HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 m.nt D.J. Vee-gens.

oordelen.<sup>11</sup> Op diezelfde voet voelt de rechter zich op grond van zijn staatsrechtelijke positie niet vrij om de formele wetgever op te dragen om een onrechtmatige toestand, zoals het niet implementeren van een EG-richtlijn, op te heffen. Volgens de Hoge Raad brengt artikel 120 Gw als onderdeel van het stelsel van grondwettelijke bevoegdheidsverdeling mee 'dat de rechter niet vermogt in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming' zoals die in artikelen 81 tot en met 88 Gw is voorzien.<sup>12</sup>

### *Verbod toetsing aan rechtsbeginselen*

Al evenmin als een verbod tot formele toetsing, omvat de letter van artikel 120 Gw een verbod tot toetsing van wetten in formele zin aan ongeschreven rechtsbeginselen. In het Harmonisatiewetarrest heeft de Hoge Raad echter duidelijk gemaakt dat het grondwettelijke toetsingsverbod zich ook tegen rechtsbeginseltoetsing verzet. Daarop geldt wel de *verdisconteringsuitzondering*: in sommige gevallen kan een bepaling uit een wet in formele zin door de rechter buiten toepassing worden gelaten omdat toepassing van die bepaling in verband met daarin door de wetgever niet verdisconteerde omstandigheden in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel.<sup>13</sup>

### *Grondwetsconforme uitleg*

Onder de voorganger van artikel 120 Gw, artikel 131, tweede lid, Gw 1953,<sup>14</sup> werd wel aangenomen dat, indien er verschillende interpretaties van een formeel wettelijk voorschrift mogelijk zijn, de rechter gehouden is een formeel wettelijk voorschrift grondwetsconform<sup>15</sup> uit te leggen. In haar proefschrift '*Meer zicht op wetgeving*'<sup>16</sup> noemt Marlou van Houten de arresten van HR 19 februari 1858, W. 1936 en HR 28 februari 1868, W. 2995 als voorbeelden. Grondwetsconforme interpretatie is een dubbelsnijdend zwaard: enerzijds gebiedt het de interpreterende rechter ervan uit te gaan dat bepalingen van een wet in formele zin niet in strijd zijn met de Grondwet (het vermoeden van grondwettigheid), maar anderzijds geeft het daarmee ook – in het licht van artikel 120 Gw – ongewenste mogelijkheden om wetgeving in formele zin zó grondwetsgetrouw te interpreteren dat daarmee tegen de bedoeling of letter van die wet zelf wordt ingegaan (modificerende interpretatie). Van Houten is van mening dat grondwetsconforme interpretatie slechts toelaatbaar is wanneer daarmee niet tegen de letter en/of de bedoeling van de wet wordt ingegaan. De grenslijn is hier echter moeilijk te trekken.<sup>17</sup> Wellicht juist daarom zijn er na de 19e eeuw weinig uitspraken geweest waarin expliciet de techniek van

11 HR 19 november 1999, NJ 2000, 160, m.nt. TK, AB 2000, m.nt. ThGD (Tegelen).

12 Zie HR 21 maart 2003, NJ 2003, 60, <<JB>> 2003/120, m.nt. M. de Jong (Geen bevel tot wetgeving).

13 Harmonisatiewetarrest, r.o. 3.9.

14 Het artikel uit 1953 (zoals dat heeft gegolden tot 1983) is weer een hernummering van artikel 124, tweede lid, Gw 1938, artikel 122, tweede lid, Gw 1922, artikel 121, tweede lid, Gw 1887 en artikel 115, tweede lid, Gw 1848. Dit artikel bepaalde: 'De wetten zijn onschendbaar'.

15 In de klassieke woorden van Belaerts van Blokland houdt het gebod tot grondwetsconforme interpretatie in: 'de dubbelzinnige wetsbepaling toetsen aan de algemeene voorschriften der Grondwet, en die wetsinterpretatie verkiezen, welke het best met de Grondwet strookt.' G.J.Th. Belaerts van Blokland, *De onschendbaarheid der wet*, Leiden 1868, p. 47.

16 M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving* (diss. KUB), Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 46-51.

17 Van Houten 1997, p. 256-257.

grondwetsconforme interpretatie werd gehanteerd.<sup>18</sup> De uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 24 juli 2002 blaast die interpretatiemethode weer nieuw leven in.

*Beoordeling verenigbaarheid wet en Grondwet*  
Artikel 120 Gw reikt ver, heel ver, maar het verbiedt de rechter niet om zich een oordeel te vormen over de grondwettigheid van wetten in formele zin, of daartoe strekkend onderzoek te verrichten. Het toetsingsverbod staat slechts in de weg aan een *bindende* beoordeling; de rechter mag aan zijn bevindingen geen juridische gevolg verbinden.<sup>19</sup> Toch komt het in de praktijk weinig<sup>20</sup> voor dat in uitspraken overwegingen worden gewijd aan de onverenigbaarheid van formele wetgeving en de Grondwet. Dergelijke gevolgenloze overwegingen kennen een aantal bezwaren. Het is onbevredigend voor partijen, de overweging komt in de 'lucht' te hangen, en de rechter matigt zich, al is hij daartoe bevoegd,<sup>21</sup> een inhoudelijk oordeel aan over een uitspraak van de formele wetgever. Dat staat op gespannen voet met de institutionele betekenis die de

Nederlandse rechter aan artikel 120 Gw toekent. Daarbij komt nog dat de in het kader van de grondwetsherziening van 1983 wel geopenbare toetsingsvariant, waarin de Hoge Raad, bij wijze van oproep aan parlement en regering en zonder gevolgen voor de inhoud van de zaak, formele wetten wegens strijd met grondrechten ongrondwettig zou kunnen verklaren, de streep van de grondwetswijziging van 1983 niet heeft gehaald.<sup>22 23</sup>

### 2.3 *De institutionele opvatting van het toetsingsverbod door de rechter*

Het toetsingsverbod van artikel 120 Gw wordt in de jurisprudentie extensief uitgelegd. De rechter vat het niet op als een naar de letter loutere en geringe beperking van zijn bevoegdheid om lagere regels aan hogere regels te toetsen, maar als een nagenoeg algeheel verbod om een nader oordeel te hebben over wetgeving in formele zin. Het toetsingsverbod wordt aldus door de Nederlandse rechter goeddeels als een institutioneel voorschrift<sup>24</sup> opgevat en vooral geïnterpreteerd als een norm die in al-

18 Van Houten wijst er op dat, zonder dat grondwetsconforme interpretatie als zodanig werd afgewezen, de Hoge Raad in een arrest van 5 mei 1959, NJ 1959, 361 in de Grondwet geen aanleiding zag een bepaling in de Drankwet in de door de requirant gewenste en grondwetsconforme zin uit te leggen. Van Houten 1997, p. 50.

19 Van Houten 1997, p. 55 jo. p. 66-67. Van Houten concludeert daaruit terecht dat artikel 120 Gw een bindende *beoordeling* verbiedt en bijgevolg ook in de weg staat aan een bindende conclusie dat tussen een wet in formele zin en de Grondwet geen strijd aanwezig is.

20 Zie voor een enkel voorbeeld CRvB 24 februari 1999, <<JB>> 1999/110 waarin de Raad – in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel – zijn bedenkingen uitsprekt over het overgangsrecht van de Wet terugdringing beroep op de arbeidsongeschiktheidsregelingen.

21 Anders: Van der Linden onder de uitspraak CRvB 24 februari 1999, <<JB>> 1999/110.

22 Dit voorstel werd gedaan door het toenmalige kamerlid Van Mierlo, Handelingen II 1974/1975, p. 2325, 2404, 2431 en 2443. Aangehaald in de nota *Constitutionele toetsing*, Kamerstukken II 2001/2002, 28355, nr. 2, p. 14.

23 In het Verenigd Koninkrijk hebben de hoogste rechters (at the level of the High Court) onlangs wel de bevoegdheid gekregen om bij geconstateerde ongrondwettigheid (in dit geval geconstateerde strijd met de Human Rights Act 1998) zonder verdere gevolgen voor de zaak of de wetgeving die het betreft zelf een appel te richten tot de wetgever in de vorm van een *declaration of incompatibility*. Human Rights Act 1998 S 4(1)-(4). In spiegelbeeld zijn Britse ministers die nieuwe wetgeving voorstellen onder de Human Rights Act 1998 (S 19 (1)(a) gehouden om een *declaration of compatibility* met EVRM-rechten aan hun voorstellen toe te voegen.

24 E.A. Alkema, Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen, NJB 2000, p. 1053-1058.

gemene zin de constitutionele relatie tussen rechter en wetgever ijkt.<sup>25</sup> Die institutionele duiding<sup>26</sup> vormt de rode draad in de artikel 120-Gw-jurisprudentie en verklaart tot op zekere hoogte ook wat Kortmann 'eigenaardige rechtspraak' noemt, dat wil zeggen rechtspraak waarbij artikel 120 Gw niet slechts betrekking heeft op tot stand gekomen wetten, maar ook op dat wat – verplicht – aan de totstandkoming daarvan vooraf gaat.<sup>27</sup>

### 3. De bestuursrechter en artikel 120 Gw

#### 3.1 Algemeen

Artikel 8:2 van de Algemene wet bestuursrecht zondert vooralsnog besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels uit van Awb-bezwaar en -beroep. In het kader van Awb-beroep beoordelen bestuursrechters in de regel de rechtmatigheid van uitvoerings-, toezichts- en handhavingsbesluiten die op grond van o.a. wetten in formele zin worden genomen. De bestuursrechter komt daarom vrijwel alleen in het kader van excep-

tieve of incidentele toetsing<sup>28</sup> van een Awb-besluit – dat wil zeggen een onderzoek naar de verbindendheid van de regeling op basis waarvan een besluit werd genomen – toe aan de vraag of een wet in formele zin rijmt met de Grondwet.

Het toetsingsverbod van artikel 120 Gw legt in beginsel niets in de weg aan grondwettelijke toetsing van Awb-besluiten die op grond van een formele wet zijn genomen, of het moest zo zijn dat het Awb-besluit nagenoeg een vereenzelviging is van het wettelijk voorschrift, omdat het een bestuursorgaan alleen maar beoordelingsbevoegdheid geeft over de toepassing ervan.<sup>29</sup> In dat laatste geval<sup>30</sup> zet het bestuursorgaan de normen die de wetgever in formele zin heeft gecreëerd eigenlijk alleen maar 'aan' of 'uit' en is het rechterlijk oordeel over het 'aan-uit'-besluit in wezen een oordeel over de norm die de formele wetgever heeft gesteld. Die verbondenheid tussen formele wet en uitvoeringsbesluit kan ook betekenen dat het oordeel van de rechter dat het uitvaardigen, handhaven en uitvoeren van een wet in formele zin jegens een persoon onrecht-

25 In de woorden van de Hoge Raad in het Harmonisatiewet arrest van 14 april 1989 (AB 1989/1, 207): 'Een ruim toetsingsverbod is wezenlijk voor de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel.' R.o. 3.5 waarin de Hoge Raad ter onderbouwing van zijn oordeel een inschatting geeft van de achtergrond en parlementaire geschiedenis van artikel 120 Gw. Recentelijk heeft de Hoge Raad nog eens bevestigd dat artikel 120 Gw moet worden gezien als een expressie of onderdeel van het grondwettelijke stelsel van bevoegdheidsverdeling in HR 21 maart 2003, NJ 2003, 60, <<JB>> 2003/120 m.nt. M. de Jong (Geen bevel tot wetgeving).

26 Een dergelijke institutionele plaatsbepaling voor de rechterlijke rechtsvorming is ook terug te vinden in artikel 11 AB: 'de regter moet volgens de wet regt

spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen.'

27 Kortmann 2001, p. 360.

28 F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen, Het Awb-besluit, Nijmegen 1999, p. 73.

29 Zie voor het aan Duk ontleende onderscheid tussen bestuursbevoegdheden die beoordelingsruimte of juist beleidsruimte laten, H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, twaalfde druk, Den Haag: Elsevier juridisch 2002, p. 137-147.

30 Volgens Konijnenbelt en Van Male: 'een besluit op basis van een wettelijke bevoegdheden zonder of met een hele kleine beslissingsruimte.' Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2002, p. 147.

matig is wegens strijd met algemene rechtsbeginselen, neerkomt op - verboden - toetsing van die wet aan zulke beginselen.<sup>31</sup>

### 3.2 *De bestuursrechtelijke jurisprudentie en artikel 120 Gw*

Hoe gaat de bestuursrechter nu in de praktijk om met de toepassing van het toetsingsverbod? Een klein onderzoek leert dat in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State sinds 1994 het toetsingsverbod slechts negen maal een rol heeft gespeeld (twee maal bij de Afdeling, zeven maal bij de Centrale Raad<sup>32</sup>). In de jurisprudentie van andere bestuursrechters komt het toetsingsverbod in de Awb-periode niet aan de orde. Daaruit kan, denk ik, worden afgeleid dat de bestuursrechter niet vaak en al zeker niet uit eigen beweging,<sup>33</sup> via incidentele toetsing de grondwet-

tigheid van formele wetten onderzoekt. Over de rechtmatigheid van wetgeving in formele zin werd in de periode 1994-2003 hoofdzakelijk bij de burgerlijke rechter geprocedeerd.<sup>34</sup> Wat in de bestuursrechtelijke jurisprudentie ook opvalt is dat, al liet het Harmonisatiewet-arrest uit 1989 daar de mogelijkheid toe, de verdisconteringsuitzondering op één enkel geval na, niet tot toetsing van 'niet-verdisconteerde' formeelwettelijke bepalingen aan de Grondwet heeft geleid.<sup>35</sup> Daarin onderscheidt de bestuursrechtelijke jurisprudentie zich niet van de jurisprudentie van andere rechters.

#### *CRvB, contra legem-jurisprudentie en artikel 120 Gw*

De vraag of en hoe de Centrale Raad van Beroep artikel 120 van de Gw toepast bij het beoordelen van de verbindendheid van formeel wettelijke voorschriften is gedeeltelijk moeilijk te beantwoorden vanwege de 'Wahlver-

31 HR 14 april 2000, NJ 2000, 713, m nt ARB, AB 2001, 135 en <<JB>> 2000/196 m nt Boukje van den Berg (Scheepsbemiddelaars) Zie met name r o 3 4 1 Uit het arrest HR 19 februari 1993, NJ 1995, 704 (Aruba/Lopez v Trias Resorts), m nt MS leidden sommigen wel af dat de rechter het totstandbrengen van een wet wel als onrechtmatig zou kunnen beschouwen wegens strijd met de Grondwet of fundamentele rechtsbeginselen Dat lijkt prematuur te zijn geweest Het arrest van 14 april 2000 maakt volgens NJ-annotator Bloembergen duidelijk dat het Trias-arrest die vergaande strekking niet heeft. Waarschijnlijk hebben, volgens hem, toen de bijzondere omstandigheden van het geval de doorslag gegeven, met name de omstandigheid dat de wetgever (de Staten van Aruba) een *onvoorwaardelijke toezegging* had gedaan (zie ook Rb 's-Gravenhage, 23 december 1998, <<JB>> 1999, 35 m nt AWH, Rb 's-Gravenhage 7 juni 2000, <<JB>> 2000, 287, m nt AWH) In die richting wijst ook de uitspraak van het Gemeenschappelijke Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba van 21 maart 2000, NJ 2000, 487 waarin het Hof aanneemt dat het toetsingsverbod in artikel art V1 4 Staatsregeling van Aruba eenzelfde werking heeft als artikel 120 Gw en, dat dat t c geen aanleiding een landsverordening (een andere overigens dan die in de zaak tussen Aruba/Lopez en Trias Re-

sorts van 1993 aan de orde was) wegens strijd met rechtsbeginselen buiten toepassing te laten

32 Ik heb de uitspraak van de CRvB van 15 mei 1996, AB 1996, 329, m nt FP ook meegerekend omdat daarin aan het toetsingsverbod wordt gerefereerd

33 Een sprekend voorbeeld vormt de uitspraak ABRvS 10 juli 2002, <<JB>> 2002/270 waarin de Afdeling de vraag of een sluiting van een woning op grond van artikel 174a Gemeentewet in strijd is met artikel 10 Gw uiterst summier afdoet met de overweging dat de Afdeling de grondwettigheid van art. 174a Gemeentewet vanwege het verbod van art 120 Gw niet mag toetsen De vraag of de verdisconteringsuitzondering zich voordoet ten aanzien van art 174a Gemeentewet laat de Afdeling buiten beschouwing, zoals ook Heringa in zijn noot onder de uitspraak opmerkt

34 Wel kreeg de burgerlijke rechter (President en Rb 's-Gravenhage, Hof 's-Gravenhage en de Hoge Raad) in de onderzochte periode tot tien maal toe in in houdelijk gerelateerde zaken te maken met onrechtmatige daadsacties tegen de Wet herstructurering varkenshouderij, de Meststoffenwet en (in mindere mate) de Wet verplaatsing mestproductie

35 Zie Rb Amsterdam 7 maart 2002, <<JB>> 2002/109 m nt LV. Zie voor de bespreking van de uitspraak noot 46 van deze bijdrage

wandschap' daarvan met de zogenaamde 'contra legem'<sup>36</sup> -jurisprudentie van de Raad. Volgens vaste rechtspraak van de CRvB zijn er namelijk bijzondere gevallen denkbaar waarin strikte toepassing van een dwingendrechtelijke bepaling – ook in een wet in formele zin – in die mate in strijd komt met algemene rechtsbeginselen dat op grond daarvan de toepassing ervan geen rechtsplicht meer kan zijn.<sup>37</sup> Het toepassen van deze lijn op formeel wettelijke voorschriften nadert het toetsingsverbod heel dicht. In constante rechtspraak vat de Centrale Raad het toetsingsverbod, in lijn met de Hoge Raad, zo op dat artikel 120 Gw (mede) een verbod inhoudt om de wet in formele zin te toetsen aan algemene rechtsbeginselen, tenzij sprake is van niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden die aanleiding zouden kunnen geven strikte wettoepassing achterwege te laten (de verdisconteringsuitzondering).<sup>38</sup> Het verschil is marginaal.<sup>39</sup> Rechtsbeginselen kunnen óf via de contra legem-lijn (verder: contra legemwerking) óf via de niet-verdisconteerde-omstandigheden-lijn (verder: de verdisconteringsuitzondering) reden vormen om formeel wettelijke voorschriften niet toe te passen. In de uitspraak CRvB 15 mei 1996, AB 1996, 239 m.nt. FP lopen de lijnen zelfs door elkaar heen. De Raad overweegt daar:

“Evenmin vermag de raad te treden in de vraag, of in casu strikte wettoepassing zozeer in strijd komt met algemene rechtsbeginselen dat zij op die grond achterwege moet blijven. Er zijn hier immers geen buiten de wet zelf en haar totstandkoming gelegen factoren of om-

standigheden aanwijsbaar welke, zonder overigens de verbindende kracht van die wet aan te tasten, de rechtvaardiging van een dergelijk proces van afweging zouden kunnen bieden. De raad verwijst in verband met het zojuist overwogene en de daaraan voorafgaande overweging nog naar het arrest van de Hoge Raad d.d. 14 april 1989 (Harmonisatiewet-arrest), gepubliceerd o.m. in NJ 1989, 469.”

Deze laatste uitspraak is ook zuiver omdat hierin niet via de contra legemwerking van rechtsbeginselen het via artikel 120 Gw beschermde primaat van de wetgever wordt ondergraven. Zou de Centrale Raad namelijk een wetsbepaling buiten toepassing laten op grond van omstandigheden die de wetgever bij de totstandkoming ervan wel degelijk onder ogen heeft gezien, dan wordt daarmee de ratio van het toetsingsverbod ondergraven en op een *ongeoorloofde* wijze de verbindende kracht van zo'n bepaling terzijde geschoven; contra legemwerking of niet. Ook Van Houten worstelt in haar proefschrift met een verklaring voor die schurkende jurisprudentielijnen van de Centrale Raad. Contra legemtoepassing van rechtsbeginselen is, volgens haar, slechts oirbaar in zoverre er een conflict is tussen een rechtsbeginsel en strikte *toepassing* van een wetsbepaling; het honoreren van op rechtsbeginselen steunende bezwaren die zijn gericht tegen de wet *zelf* is niet mogelijk.<sup>40</sup> Die grens is wel uiterst subtiel en nagenoeg niet waarneembaar.

Om er voor te zorgen dat de contra legemjurisprudentie bij de toepassing van formele wetten het toetsingsverbod van artikel 120 Gw

36 De vraag – die door sommigen wel is opgeworpen – is of in deze jurisprudentie werkelijk derogerende werking aan rechtsbeginselen wordt toegekend of dat er juist sprake is van beginselconforme uitleg van wetsbepalingen laat ik hier – omdat het voor het aan de orde zijnde vraagstuk niet relevant is – onbesproken. Zie Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2002, p. 346-347.

37 Zie voor een recent voorbeeld CRvB 3 oktober 2001, AB 2001, 377, m.nt. FP.

38 CRvB 24 januari 2001, USZ 2001, 50.

39 Ook Schlössels heeft gewezen op de nauwe verwantschap tussen deze beide lijnen. Zie R.J.N. Schlössels in zijn annotatie onder CRvB 2 september 1998, <<JB>> 1998/211.

40 Zie van Houten 1997, p. 94-95.

niet ondergraaft zou het volgens mij de voorkeur verdienen dat de Centrale Raad in *alle* gevallen van vermeende strijd tussen een rechtsbeginsel en een formeel wettelijk voorschrift na zou gaan of de verdisconteringsuitzondering zich voordoet. De lijn die met de uitspraak van 15 mei 1996 is ingezet lijkt, voorzover ik kan overzien, de laatste jaren niet doorgezet.<sup>41</sup>

Een ander, ondergeschikt, verschil tussen beide jurisprudentielijnen is wel dat de Centrale Raad van Beroep er tot op heden nooit toe is overgegaan om formeel wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten wegens de verdisconterings-uitzondering. Het buiten toepassing laten van formeelwettelijke voorschriften wegens zwaarwegende strijd met rechtsbeginselen komt wel voor.<sup>42</sup>

#### *De Afdeling bestuursrechtspraak en het toetsingsverbod*

In de onderzochte periode deed zich bij de Afdeling bestuursrechtspraak tweemaal een zaak voor waarin het toetsingsverbod een rol speelde. De eerste zaak van 10 juli 2002<sup>43</sup> werd terloops reeds besproken. In die zaak oordeelde de Afdeling dat het haar niet vrij stond te beoordelen of artikel 174a van de Gemeentewet in strijd zou zijn met artikel 10 Gw vanwege het toetsingsverbod. Een onderzoek naar de vraag of de verdisconteringsuitzondering zich voordeed voerde de Afdeling daar niet uit.

De tweede zaak – van 24 juli 2002<sup>44</sup> – kwam hiervoor ook al kort aan de orde. Daarin luidde het uiteindelijke oordeel van de Afdeling,

dat in geval van een keuze tussen twee interpretaties van een wettelijke bepaling de grondwetsconforme lezing heeft te gelden. Mocht de rechter tot de slotsom komen dat een dergelijke grondwetsconforme interpretatie (in dit geval een besluit waarmee invulling werd gegeven aan een beoordelingsruimte die artikel 37a Mediawet liet) onjuist is, dan moet hij vernietiging doen steunen op de wet die die interpretatieruimte bood en niet op strijd met de Grondwet. Dat laatste zou anders neerkomen op verkapte toetsing van de wet aan de Grondwet. Daar zit wat in. Als je met de Afdeling uitgaat van een vermoeden van grondwettigheid van formele wetten (het is in ons systeem de wetgever die bepaalt of een wet in overeenstemming is met de Grondwet) dan past daarbij dat wanneer een bestuursorgaan die wet slechts interpreteert (in geval van beoordelingsruimte) dat ook grondwetsconform doet, net als de wetgever geacht wordt te hebben gedaan. Die interpretatie toetsen aan de Grondwet is in wezen de norm van de wetgever toetsen aan de Grondwet. Dat betekent niet dat daarmee ook alle besluiten van bestuursorganen niet langer aan de Grondwet kunnen worden getoetst. Die besluiten waarin de wil of het beleid van een bestuursorgaan prevaleert – bijvoorbeeld besluiten genomen op basis van een bevoegdheid die het bestuur een zekere mate van beleidsvrijheid biedt – kunnen als vanouds op grondwettigheid worden getoetst. Besluiten waarin het aandeel van een bestuursorgaan zo klein is dat eigenlijk gezegd moet worden dat de wettelijke norm slechts wordt toegepast of geïnterpreteerd, moeten

spraken.

43 ABRvS 10 juli 2002, <<JB>> 2002/270 m.nt. AWH.

44 ABRvS 24 juli 2002, <<JB>> 2002/272 m.nt. LV.

41 CRvB 3 oktober 2001, USZ 2001/293, CRvB 3 oktober 2001, AB 2001, 377 m.nt. FP.

42 Zie wederom CRvB 3 oktober 2001, AB 2001, 377, m.nt. FP, CRvB 27 juni 1990, AB 1991, 55 e.a. uit-



niet aan de Grondwet worden getoetst, maar worden behandeld voor wat ze zijn: wetsinterpretaties.<sup>45</sup>

Twee vragen rijzen bij deze lijn van redeneren. Hoe groot mag de interpretatiemarge zijn alvorens toch aan de Grondwet moet worden getoetst? Beoordelingsruimte komt in verschillende soorten en maten. Zou de Afdeling ook in geval van wat Konijnenbelt en Van Male – in navolging van Duk – *beoordelingsvrijheid* noemen<sup>46</sup> ervan uitgaan dat een daarop rustend besluit niet aan de Grondwet kan worden getoetst? De beoordelingsmarge die artikel 37a, eerste lid, Mediawet laat is bijzonder gering. Artikel 37b, tweede lid, onder a, geeft wel een grote beoordelingsmarge, maar van die bepaling heeft de Afdeling in de uitspraak van 24 juli 2002 nu juist gezegd dat die niet in het verlengde van de beoordelingsruimte van 37a, eerste lid, gelezen mag worden. Dus weten we het nog niet. Een tweede vraag is of het wel zo gelukkig is dat de Afdeling – na zo'n lange tijd (zie paragraaf 2) – de grondwetsconforme interpretatiemethode weer van stal haalt.

De methode van grondwetsconforme interpretatie die de Afdeling in deze uitspraak toepast doet sterk denken aan de methode van 'verfassungskonformen Auslegung' die het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) er in Duitsland op na houdt. Aan de basis van die methode ligt het idee van terughoudendheid van de rechter bij interpretatie van de wil van de wetgever. Het BVerfG gaat daarin zo getrouw te werk dat het gerecht wel wordt verweten dat het op het 'acrobatistische' af terughoudend is.<sup>47</sup> In de jurisprudentie van het BVerfG worden twee grenzen ten aanzien van verfassungskonformen Auslegung aangelegd, te weten:

- a) grondwetsconforme interpretatie mag niet treden buiten dat wat de letterlijke tekst van het voorschrift behelst (dus alleen grammaticale interpretatie),<sup>48</sup> en
- b) de interpretatie mag niet ingaan tegen de bedoeling die de wetgever met het voorschrift had<sup>49</sup>

Waar en of de Afdeling de grenzen zal gaan trekken is nog onduidelijk. In het Verenigd

45 In zoverre is de Afdelingsuitspraak in hoger beroep van 24 juli 2002 ook gelukkiger dan de rechtbankuitspraak in deze zaak (Rb. Amsterdam 7 maart 2002, <<JB>> 2002/109, m.nt. LV). In eerste aanleg toetste de rechtbank de beslissing van de staatssecretaris over de voorlopige erkenning juist wel aan artikel 7, tweede lid, van de Gw. Weliswaar onderkende de Amsterdamse rechter dat de toetsing van een gebonden, wetsinterpreterende beslissing aan de Grondwet in feite neerkomt op door artikel 120 Gw verboden toetsing, maar in de ogen van de rechtbank was hier sprake van de verdisconterings-uitzondering. De wetgever zou, zo overwoog de rechtbank, bij de totstandkoming van de Mediawet de mogelijke strijd van het voorlopige erkenningstelsel met het censuurverbod van artikel 7 Gw niet betrokken hebben in de afweging. Via de Harmonisatiewetlijn zou dat betekenen dat de rechter zich – met betrekking tot het niet verdisconteerde gedeelte – alsnog een oordeel over de grondwettigheid daarvan zou kunnen vormen. In een scherpzinnige noot bij deze uitspraak wijst Verhey erop dat de verdisconteringsuitzondering in wezen de kern van het toet-

singverbod van artikel 120 Gw aantast. Als we aan nemen dat onderdelen van formele wetten – ten aanzien waarvan bij de totstandkoming geen grondwettigheidsafwegingen zijn gemaakt en verdisconteerd – door de rechter aan de Grondwet kunnen worden getoetst, dan wordt daarmee aanvaard dat artikel 120 Gw niet van toepassing is indien de formele wetgever vanuit een rechtsstatelijk perspectief in gebreke is gebleven. En die laatste vraag is, zo stelt Verhey terecht, in ons huidige systeem nu juist aan de wetgever overgelaten.

46 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 2002, p. 139-140.

47 K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht; Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Sde druk, bewerkt door S. Korioth, C.H. Beck: München 2001, p. 299-300.

48 Dat levert direct het probleem op dat niet altijd duidelijk is waar letterlijke interpretatie begint en op houdt. Zoals in Angelsaksische literatuur nogal eens wordt vastgesteld: 'most words have meanings with blurred edges' Zie G.C. Thornton, *Legislative Drafting*, vierde druk, Butterworths: London Dublin Edinburgh, 1996, p. 7

49 BVerfGE 54, 277 (299).

Koninkrijk is die opdracht tot grondwetsconforme interpretatie vastgelegd door – nota bene – de wetgever. De Human Rights Act van 1998 draagt in Section 3, paragraph 1, de Britse rechter op om wetgeving conform de bepalingen van het EVRM te interpreteren ‘in so far as it is possible to do so’. Grondwetsconforme interpretatie kan tot daar reiken waar het, zoals minister van Binnenlandse Zaken Jack Straw dat in 1998 uitdrukte: would ‘contort the meaning of words to produce implausible or incredible meanings.’<sup>50</sup> Ook hier geldt de letterlijke tekst als grens, zij het met wat meer manoeuvreerruimte dan de Duitse verfassungskonformen Auslegung van het BVerfG laat.

#### 4. Conclusies over de toepassing van het toetsingsverbod door de bestuursrechter

Na het Harmonisatiewet-arrest is het denken, discussiëren en rechtspreken over de werking van het toetsingsverbod in een stroomversnelling geraakt. Het is duidelijk dat de golf die dat arrest maakte nu ook ten volle is doorgedrongen in de jurisprudentie van de CRvB en de ABRvS. De oogst is weliswaar niet groot, maar opmerkelijk. Ten eerste is er een verschil in benadering van het toetsingsverbod tussen de beide colleges. Zo probeert de CRvB zo letterlijk mogelijk de lijn aan te houden die de HR in het Harmonisatiewet-arrest heeft neergelegd: geen grondwettelijk toetsing van formele wetgeving en mitsdien ook geen toetsing van formele wetten aan rechtsbeginselen, behalve in geval sprake is van de verdiscontingsuitzondering. De volgzzaamheid van de Raad brengt hem wel in de problemen met de eigen contra legemjurisprudentie. De grens

tussen beginselwerking wegens niet-verdisconteerde omstandigheden en contra legem werking van rechtsbeginselen bij toetsing van formeel wettelijke voorschriften is nauwelijks nog waarneembaar. Verder bestaat er het latente gevaar dat via erkenning van contra legem werking van rechtsbeginselen ten aanzien van formeel wettelijke voorschriften het toetsingsverbod wordt omzeild. De Afdeling vaart een andere, eigen koers. In de onderzochte periode heeft de Afdeling zich niet met zoveel woorden achter de lijn van het Harmonisatiewet-arrest geschaard, zoals de Centrale Raad wel heeft gedaan. In ieder geval is de Afdeling niet uit eigen beweging genegen na te gaan, wanneer een beroep op ongrondwettigheid van een wet wordt gedaan, of de verdiscontingsuitzondering zich voordoet. Opmerkelijk in de recente Afdelingsjurisprudentie is de grondwetsconforme interpretatie. Dat is een, in het licht van de achtergrond van artikel 120 Gw, zuivere en aantrekkelijke interpretatiemethode die ook in het buitenland wel wordt gebezigd. In Nederland blijft echter wel de vraag welke grenzen ten aanzien van die grondwetsconforme interpretatie hebben te gelden. Aan de andere kant getuigt de omarming van die methode wellicht van een vooruitziende blik: een grondwetsconforme interpretatiemethode zou juist van waarde kunnen blijken als er aan klassieke grondrechten getoetst kan worden, zoals wellicht mogelijk wordt als Halsema's overwegingsvoorstel het haalt.<sup>51</sup> Bestuursorganen, tot slot, hoeven zich nauwelijks te bekommeren om de grondwetsconforme interpretatie, dat is meer een regel die de rechterlijke toetsing zelf aangaat. Zolang die zich bij hun besluitvorming netjes aan de Grondwet houden, kan er grondwettelijk gezien niet al te veel mis gaan.

<sup>50</sup> Hansard HC, 3 June 1998, col 442. Aangehaald in Alex Carroll, *Constitutional Law and Administrative Law*, tweede druk, Essex. Pearson/Longman, p 389.

<sup>51</sup> Kamerstukken II 2002/2003, 28331, nrs. 1-3.